



Benoît LAPLANTE*

La diversité des cadres législatifs en Europe : le droit « moyen » n'existe pas

L'article suscite de l'intérêt en proposant une analyse de la couverture des coûts du divorce qui s'inscrit dans l'économie du droit, qui admet d'emblée la transformation de la conception du mariage, au moins en Occident, au cours des dernières décennies, et qui prend appui sur les trois institutions (famille, État, marché) pouvant assurer les risques sociaux popularisée par Esping-Andersen. Cependant, cet objectif ne semble pas atteint. D'une part, les auteures raisonnent sur une sorte de droit « moyen » qui combine des éléments empruntés à des moments différents du droit français, du droit anglais et du droit d'un nombre difficile à déterminer d'États américains glanés pour l'essentiel au fil de lectures d'articles d'économie, publiés par des auteurs de ces pays et de différentes époques. D'autre part, elles traitent seulement en partie de la question qui les intéresse à la lumière des contributions possibles de l'État, de la famille et du marché, sans prendre la mesure de la transformation du mariage dont elles admettent pourtant qu'elle a eu lieu.

La volonté de raisonner sur un droit général qui s'incarnerait en combinaisons d'équivalents fonctionnels amène les auteures à des erreurs et des confusions. Le droit privé écossais est distinct du droit privé anglais : on ne peut donc pas parler du droit privé du Royaume-Uni. La séparation de biens n'est pas le régime matrimonial de droit commun de l'Angleterre, ni celui de l'Allemagne. Dans la mesure où l'on peut parler de régime matrimonial en droit anglais, l'état actuel du droit impose la communauté de biens intégrale, ne connaît pas les biens propres et n'admet de limite à la communauté que sous certaines conditions laissées à l'appréciation du juge des divorces. En Allemagne, comme en France, le régime légal est celui de la communauté réduite aux acquêts (*Zugewinnngemeinschaft*). La pension alimentaire encore au cœur du droit du divorce des pays de tradition juridique anglaise n'est pas l'équivalent fonctionnel de la prestation compensatoire du droit français, surtout depuis la réforme de 2004. L'accord pré-nuptial (*prenuptial agreement*) dans ces pays n'est pas l'équivalent fonctionnel d'un contrat de mariage. Le juge des divorces de tradition anglaise peut et doit rejeter le *prenuptial agreement* s'il estime que

* Centre Urbanisation Culture et Société de l'Institut national de la recherche scientifique, Montréal

le respecter ne permet pas à la partie la moins fortunée de conserver le train de vie auquel elle a droit, *a fortiori* si le respecter risque de la plonger dans la pauvreté, et il n'est pas rare qu'il le fasse. Il faut à l'inverse des circonstances exceptionnelles pour que le juge français ignore le contrat de mariage, geste qui demeure rarissime et radical en droit français. Le *prenuptial agreement* n'offre donc pas la même certitude que le contrat de mariage, loin de là.

Comment la transformation du mariage depuis 50 ans et les éléments relevant de la famille, de l'État et du marché se combinent-ils dans les différents pays ?

La question des coûts du divorce existe parce que le divorce est devenu courant, et le divorce est aujourd'hui courant parce que la deuxième moitié du XX^e siècle a vu la transformation profonde des bases morales et doctrinales de la relation conjugale. En peu de temps en Occident, on a abandonné le lien conjugal comme principe indissoluble hérité du catholicisme dans lequel le consentement échangé au moment de la célébration engageait pour la vie, pour lui substituer un lien conjugal néo-romain où la relation conjugale (mariage, union libre ou pacs) repose sur l'*affectio maritalis*, c'est-à-dire le consentement mutuel continu. On est passé de la relation conjugale pendant toute une vie à la relation conjugale qui occupe une période de la vie de chacun des deux conjoints. Parallèlement, on a vu se transformer profondément les rapports de sexe, aussi bien dans le droit que dans la vie courante. Le droit de la famille, et pas uniquement le droit matrimonial, cherche depuis un demi-siècle à s'adapter à la nouvelle conception du couple et des rapports entre hommes et femmes mais, hormis les pays scandinaves où le problème a été pris en compte assez tôt, on tâtonne encore.

L'analyse économique annoncée aurait pu être instructive si elle avait vraiment pris pour point de départ ce changement. L'article discute plutôt du modèle économique du mariage comme lieu de maximisation de la production domestique par la spécialisation, comme si le mariage pouvait encore être représenté de cette manière alors qu'il ne repose plus aujourd'hui sur les bases qui prévalaient au moment où ce modèle a été proposé. Il faut rappeler qu'il n'est plus réaliste aujourd'hui de penser le couple comme une unité fonctionnelle. Le couple contemporain est destiné à se rompre – on profite de son bonheur s'il dure – et le divorce n'est pas une catastrophe imprévisible. Le chercheur qui raisonne sur le couple contemporain sans partir de ce principe est aussi peu avisé que les amoureux qui s'illusionnent sur le risque auquel est soumise leur relation. Le couple contemporain est une association temporaire et il est plus instructif de l'étudier en modélisant la relation qui unit les deux acteurs plutôt qu'en raisonnant sur leur spécialisation au sein d'une unité.

De manière intéressante, l'article énumère les mesures que chacun des deux membres du couple pourrait prendre à titre préventif : épargne individuelle, assurance divorce, maintien de l'activité économique. On s'étonne

cependant qu'il les présente sans souligner la solution de continuité : raisonner de cette manière sur le couple, c'est y voir l'association de deux unités soumise à une tension, pas l'unité de production dans laquelle les utilités des deux conjoints se confondent pour n'en former qu'une. Passer de la première conception du couple à la seconde est une rupture conceptuelle, et c'est même cette rupture qui crée l'objet que les auteurs étudient. On voit mal comment ne pas souligner la différence.

Passé ce point, le modèle devrait faire l'objet d'un examen critique. L'épargne individuelle servira peu à couvrir les coûts du divorce pour la partie qui épargne si, selon la loi du pays, elle fait partie de la masse des biens à partager au divorce : les régimes communautaires ne sont pas tous équivalents. Si elle ne fait pas partie des biens à partager, elle peut être critiquée parce qu'elle réduit la masse à diviser et contribue ainsi à creuser l'écart de fortune entre les conjoints. L'assurance divorce est présentée comme un moyen réaliste, alors que l'article cité par les auteures sur le sujet conclut qu'elle ne pourra jamais jouer un rôle important, la raison la plus évidente étant bien sûr l'ampleur de l'aléa moral : pouvoir compter sur le produit d'une police d'assurance divorce, dans un régime de droit où le mariage se dissout sans cause et à la demande d'un seul des conjoints, reviendrait à recevoir le produit de l'assurance incendie lorsqu'on met le feu à sa propre maison. Le maintien de l'activité économique des deux conjoints pendant la durée du couple semble la seule mesure privée efficace malgré les difficultés pratiques (coût des services de garde, dispositifs de conciliation du travail et de la famille) qui varient selon les pays.

L'usage que les auteures font du mot « privé » prête d'ailleurs à confusion. Les dispositions qui régissent les régimes matrimoniaux et le partage des biens au divorce, la pension alimentaire versée à l'ex-époux, la prestation compensatoire, la portée que le droit reconnaît aux conventions entre époux, font partie de ce qu'on nomme le droit privé, mais il s'agit de droit : ce sont deux des trois pouvoirs de l'État qui décident (le législateur et le juge), pas les particuliers. Tant que le législateur ne soumet pas le couple en union libre aux règles qui régissent le mariage, les conjoints de fait décident de ce qui les concerne, pour le meilleur et pour le pire ; les époux, non. Les dispositions d'ordre public du droit privé ne sont pas des décisions privées. On peut ne pas être sensible à cette distinction dans un pays où le droit privé permet et respecte les conventions matrimoniales, mais là où le droit privé ne laisse en pratique aucune place aux conventions entre époux, la distinction est capitale.

Le rôle de l'État, la famille et le marché dans les différentes législations

La triade de l'État, de la famille et du marché qu'Esping-Andersen a contribué à faire connaître ne sert pas tant à classer des instruments d'assurance qu'à analyser comment les éléments qui relèvent proprement de chacune des institutions sont combinés pour former le système de protection sociale de chaque pays. Bien voir les combinaisons prend une importance particulière

lorsqu'on s'intéresse au droit. Les trois éléments de la classification originale d'Esping-Andersen correspondent aux trois traditions de droit privé en Europe : le droit civil, « familialiste » dont il a repris les règles de l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants du droit romain tardif, le droit anglais, « libéral » au sens où on y fait tout pour éviter que l'individu ne tombe à la charge de la collectivité, et le droit scandinave, qui s'est développé sans grande influence du droit romain ni du droit canonique et a fait disparaître la plus grande partie des obligations alimentaires entre personnes apparentées, entre la réforme du mariage des années 1920 et la réforme du droit social et familial du début des années 1970.

Examiner la couverture des coûts du divorce du point de vue de ces combinaisons pourrait être long, mais on peut donner un aperçu de l'intérêt de la démarche à travers deux cas européens aux antipodes l'un de l'autre. En Angleterre, on considère que les femmes demeurent désavantagées dans le monde du travail et dans la répartition des tâches domestiques, et on cherche à remédier aux conséquences de cette inégalité en évitant toute forme de redistribution sociale. La redistribution se fait strictement entre les deux époux qui divorcent, en partageant à parts égales l'ensemble de leurs biens et en imposant le versement de la pension alimentaire à l'époux divorcé le moins nanti, jusqu'à la mort si nécessaire. En Suède, on a admis dès les années 1930, 40 ans avant les travaux de J. Caldwell, que l'industrialisation et l'urbanisation créaient des conditions qui réduisaient la fécondité, et que la seule manière de permettre aux couples d'avoir les enfants qu'ils désiraient était d'en réduire les coûts directs et indirects en transférant une partie de ces coûts à la collectivité. Le système social suédois naît de cette analyse économique de la fécondité. Entre 1920 et 1925, on avait déjà réformé le droit matrimonial en admettant que la loi ne devait pas contraindre les couples qui ne le souhaitent plus à continuer à vivre ensemble. À partir des années 1950, des services publics ont été développés de manière à offrir aux femmes des emplois stables et bien rémunérés que le secteur privé ne fournissait pas en nombre suffisant : la politique sociale a favorisé l'indépendance économique des femmes. Le congé parental est maintenant conçu de manière à inciter le père autant que la mère à demeurer à la maison avec le nouveau-né, ce qui réduit le temps pendant lequel la mère n'est pas en emploi et répartit entre les deux parents les conséquences du congé sur la carrière et la retraite. La redistribution sociale permet de réduire les coûts du divorce et l'inégalité qu'il pourrait alimenter : il s'agit de prévention plutôt que de compensation.